TC nº 72-000.959.03-61

ACOMPANHAMENTO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. SMT. Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. REGULAR. Votação unânime.

Legislação citada: Lei Mun. 13.241/01. Art. 5º, Lei 8.987/95. Dec. 42.736/02.

TCs citados: 72.000.323.03-47, 72.001.158.03-12, 72.000.920.03-26.

Relatório e Voto englobados TCs: 72.000.377.03-76, 72.000.651.03-16, 72.000.695.03-91, 72.000.726.03-13, 72.000.727.03-86, 72.000.851.03-05.

2.693ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 06.10.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida na 2.692ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, na 2.669ª S.O., e DOMINGOS DISSEI – Revisor, na 2.691ª S.O..

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o procedimento licitatório Concorrência Pública 13/2002, desde a abertura até sua conclusão.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente.

MAURÍCIO FARIA
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago ao Plenário, para apreciação e julgamento, a Concorrência Pública nº 013/2002, que teve por objeto a outorga de Permissão do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em áreas do Subsistema Local, no Município de São Paulo. Inicialmente, a Auditoria deste Tribunal de Contas instaurou dois procedimentos distintos para analisar referido edital: o TC **377.03-76,** visando especificamente a análise dos seus aspectos legais e formais; bem como o **TC 959.03-61**, que cuidou do acompanhamento do procedimento licitatório.

Paralelamente às análises determinadas, ingressaram nesta Corte de Contas quatro Representações e uma Denúncia contra o edital em apreço (TCs nºs **651.03-16; 695.03-91; 727.03-86; 726.03-13 e 851.03-05**), cujos processos passaram a acompanhar os autos supra referidos, em razão da similaridade dos objetos.

Destaca-se, inicialmente, que a apreciação da então Divisão Técnica V foi pela regularidade dos procedimentos licitatórios, desde a abertura até sua homologação. Não obstante, o relatório de Acompanhamento do Edital elaborado por Equipe Multidisciplinar, consubstanciado nos docs. de fls. 225/234 do TC 377.03-76, concluiu pela existência de aspectos considerados irregulares e outros meramente impróprios.

Após manifestação da Origem, os autos foram submetidos novamente à apreciação da Equipe Multidisciplinar, a qual considerou que, apesar das alterações procedidas, permaneceram pendências quanto a alguns dos apontamentos inicialmente consignados, parecer este cuja íntegra das conclusões pedimos vênia, por amor à brevidade, para nos reportar à manifestação acostada às fls. 274/277, do **TC 377.03-76.**

A Secretaria de Fiscalização e Controle endossou o entendimento da Equipe Multidisciplinar, e a Procuradoria da Fazenda manifestou-se no sentido de que as impropriedades apontadas não seriam suficientes para obstar o andamento do certame, diante da inexistência de vícios insanáveis que comprometessem o edital em exame, bem como no sentido de que os procedimentos da Origem estavam de acordo com as regras que regem a matéria, opinando pela legalidade do edital.

Em face das informações constantes dos autos, esta Relatoria, em juízo cautelar, decidiu por dar prosseguimento ao procedimento, considerando a natureza das impropriedades, bem como o fato de que as irregularidades não superadas pela Auditoria não consubstanciavam motivos ensejadores de dano iminente ao erário, que justificassem a suspensão do certame.

Superada a fase cautelar, no curso da instrução processual, a Origem prestou esclarecimentos, justificou e corrigiu irregularidades e impropriedades, remanescendo do relatório original, após a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, as seguintes pendências:

a) a publicação prevista no artigo 5º cumulado com o artigo 16 da lei Federal nº 8.987/95 foi extemporânea e não apresentou as justificativas para a permissão, tampouco caracterizou seu objeto, área e prazo;

b) a exigência de garagens dentro do perímetro da área de operação é fator restritivo à participação

c); as penalidades, com exceção daquelas relativas às infrações operacionais não estão claramente explicitadas e

d) o modelo apresentado caracteriza prestação de serviço e não permissão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pela legalidade do edital, considerando que os procedimentos da Origem observaram as normas que regem a matéria.

A Secretaria Geral, em sólido parecer, opinou conclusivamente pela regularidade do edital em exame, bem como do procedimento licitatório correspondente, e, em consequência, manifestou-se pela rejeição das representações e das denúncias tratadas nos processos acompanhantes, considerando que houve a observância aos ditames legais.

Destacou, quanto à natureza do contrato, que o prazo estabelecido no edital faz com que o mesmo mais se identifique com concessão que permissão. Contudo, entendeu suprida a exigência do art. 5º da Lei Federal 8.987/95, já que a publicação da referida justificativa está regulamentada, e que a existência da Lei 13.241/01, do Decreto nº 42.736/02, das duas audiências públicas, e a disponibilização do termo de referência na *Internet* garantiram o controle pela sociedade sobre a permissão em causa, que é a finalidade das disposições legais.

Afastou também a alegada restrição de competitividade da cláusula editalícia que exigiu a disponibilização de garagem na área de atuação do permissionário, diante das razoáveis justificativas da Origem, demonstrando razões de racionalidade operacional e eficiência, além de economicidade.

Por derradeiro, destaco que, no que tange aos processos acompanhantes, os itens abordados pelos interessados foram, de forma geral, objeto de análise e manifestação pelos Órgãos Técnicos quando da análise do Edital da Concorrência nº 13/2002, razão pela qual toda a instrução concentrou-se nos autos do processo principal (377.03-76), de forma que, para não me alongar de forma exaustiva no relato formal destes processos, peço vênia aos I. Conselheiros para me reportar à íntegra dos mesmos, passando as manifestações deles constantes a integrar o presente.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O relatório, ainda que sucinto, demonstra a complexidade e dimensão dos procedimentos em julgamento, onde inúmeros foram os apontamentos trazidos à análise, tanto pelos Órgãos Técnicos quanto pelos autores das Representações. Por esta razão, cabe analisar os pontos que remanesceram para além daqueles cujas irregularidades ou impropriedades foram consideradas superadas no transcorrer da instrução processual.

São eles:

a) publicação do ato de justificativa da permissão (art 5º da Lei Federal nº 8.987/95).

O artigo 5º da Lei 8.987/95 exige que o Poder concedente publique, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga da concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Esse aspecto foi tratado de forma abrangente pela Secretaria Geral, pois, ao analisar os argumentos trazidos pela Auditoria, no sentido de que o ato publicado em 18/01/03 não atendeu à obrigação legal, considerou que as medidas adotadas pela Administração atenderam à finalidade da lei, na medida em que trata referida publicação apenas da autorização para a abertura do certame, não se prestando ao atendimento da exigência legal insculpida no artigo 5º da Lei Geral de Concessões e Permissões.

Como bem assentou a Secretaria Geral, inclusive invocando lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, a publicação exigida pela lei não está regulamentada, não existindo forma específica para seu atendimento.

Cumpre, dessa forma, perquirir qual é a finalidade do ato. Ao que me parece, procura a lei, com tal exigência, garantir que o Administrador evidencie os motivos ensejadores da delegação do objeto a ser licitado aos particulares, antes da publicação do edital.

No caso específico, além da Lei nº 13.241/01 e seu decreto regulamentador (Decreto nº 42.736/02), ocorreram duas audiências públicas previamente à publicação do edital, bem como a disponibilização do respectivo Termo de Referência pela *Internet*. Tais ações, que, por sua vez, suscitaram uma série de questionamentos públicos com os respectivos esclarecimentos prestados pela licitante e publicados, levam-me a considerar que a finalidade da lei foi atendida, restando cumprido o disposto no artigo 5º, da Lei 8.987/95, no que toca à conveniência de outorga de permissão, a caracterização de seu objeto, área e prazo, razão pela qual não me parece razoável considerar que o procedimento estaria comprometido em face dessa realidade, de modo que o apontamento deve ser afastado.

b) Garagens situadas no perímetro correspondente a cada área de operação para o início da prestação dos serviços, sendo que em 24 meses as mesmas devem se adaptar às especificações (item 8.2.6).

A Equipe Multidisciplinar considerou que a exigência de garagens dentro do perímetro da área de operação, inserida nos subitens 3.11 e 8.2.6 do Edital , reproduzida na cláusula 4.1.4 da minuta de contrato, é fator restritivo à participação.

Em sua defesa, esclareceu a Origem que a exigência de garagens dentro do perímetro da área de operação decorre de um dos objetivos do novo modelo, que é a racionalidade operacional e a eficiência econômica decorrente da redução de custos operacionais, o que contribui para a modicidade tarifária, por reduzir a "quilometragem morta" no início e no fim das operações diárias, facilitando o socorro, manutenção e abastecimento da frota, evitando ainda o tráfego desnecessário sobrecarregando o já saturado viário urbano com a passagem de veículos de passageiros vazios. Lembra a Origem que o novo modelo prevê a identidade visual para a frota de cada área, e, ainda, que do ponto de vista do processo licitatório não é exigência restritiva, já que os permissionários terão dois anos para se adequarem à mesma.

Nesse particular, e na esteira da manifestação da Secretaria Geral, afasto também a alegada restrição de competitividade da cláusula editalícia em debate, diante das razoáveis justificativas da Origem, que evidenciam razões de racionalidade operacional e eficiência, além de economicidade, destacando ainda, por oportuno, que não houve impugnação por qualquer dos participantes quanto a esse aspecto, o que me leva a aceitar os argumentos pela ausência de irregularidade.

c) Penalidades: falta de estabelecimento dos critérios para o enquadramento das infrações médias e graves.

De fato, as penalidades, com exceção daquelas relativas às infrações operacionais, não estão claramente explicitadas. Nesse sentido, ao que parece, o Comunicado 10 mostra-se genérico, uma vez que não estabeleceu os critérios para o enquadramento das infrações como leves, médias e graves, além do fato de que referidas penalidades deveriam estar integralmente transcritas na minuta de contrato, para sua devida formalização.

Não obstante tal assertiva, e aqui novamente invocando o parecer da Secretaria Geral, entendo que tal fato não se reveste de gravidade tal a ensejar a invalidação do certame, considerando-se, inclusive, que, com a celebração dos contratos, já formalizados, as penalidades previstas no edital, acrescidas pelo Comunicado nº 10, foram transpostas para a cláusula 15ª dos respectivos Termos, sanando, pois, a desconformidade inicialmente detectada.

d) Natureza do ajuste

O derradeiro aspecto a ser enfrentado diz respeito à natureza jurídica do objeto licitado. No âmbito do TC que examinou a Concorrência Pública nº 12/00, de Relatoria do I. Conselheiro Edson Simões, surgiu idêntico apontamento, sendo que, nos autos do TC nº 323.03-47, houve decisão pela realização de estudo específico no que tange à natureza daquele contrato celebrado, ainda pendente de apreciação por esta Corte (TC 1.158.03-12), fato, contudo, que

não se apresenta como prejudicial ao enfoque do assunto no presente feito, porquanto se trata de licitações distintas, embora tenha a Auditoria considerado prejudicada a questão e a Secretaria Geral, por sua vez, entendido não ser a mesma cogitável nestes autos.

A polêmica acerca da natureza jurídica do contrato surgiu em face de ponderações lançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, asseverando, naquela situação, que mais se assemelhava a contrato de prestação de serviços. Tal assertiva pautou-se, sobretudo, nas idéias originais acerca dos contratos de concessão, sendo uma delas a de que o concessionário executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco.

Por óbvio, a discussão se aplica também no que se refere ao presente caso, já que, embora a licitação tenha sido realizada para outorga de permissão de serviço, na verdade, por suas características, sobretudo aquela relacionada ao prazo, mais se assemelha à concessão, tendo sido desnaturado o instituto da permissão, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina.

Cumpre assinalar que no curso da instrução processual do TC 920.03-26, que tratou da análise do procedimento licitatório da Concorrência Pública n° 12/2002, para a outorga de concessão de serviço público de transporte, concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que na verdade se trata de concessão, uma vez que as peculiaridades da concessão de serviço público de transporte coletivo previstas na lei municipal não desvirtuam o modelo base federal, não descaracterizando, portanto, sua natureza jurídica (fls. 277/279).

Todavia, aquela questão pende de decisão por este Pleno, e dada sua relevância, cumpre, ainda que de forma sucinta, tecer algumas considerações, externando o posicionamento deste Relator sobre o tema, já que é questão fundamental e prejudicial a todas as demais relativas aos atos em julgamento.

De fato, em sua forma original, considerava-se como características essenciais da concessão tanto a idéia de que o concessionário deveria executar o serviço por sua conta e risco como a de que a remuneração se daria através do preço público, pago diretamente pelo usuário do serviço.

Contudo, em sua evolução, a concessão já não comporta mais a leitura tradicional, de modo que a garantia da equação econômico-financeira, intimamente ligada ao risco do concessionário, deve igualmente receber entendimento adequado, na medida em que se trata de serviço público essencial, que deve receber proteção mínima do Poder concedente.

Nesse sentido é a lição de Dinorá Adelaide Musetti Gritti[1], quando aduz que *"A vantagem do regime de concessão para o Estado liberal era a de que, por meio dela um serviço público essencial era prestado pelo estado sem ônus financeiro para a Administração e, em especial, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. A concessão tinha a característica de*

[1] "A experiência brasileira nas concessões de serviço público". http://www4.tce.sp.gov.br

longa duração, para propiciar retorno do investimento feito", arrematando que tais traços foram sendo alterados, entre outras causas, pelas cláusulas de garantias de juros e pela aplicação da teoria da imprevisão, levando o Estado a participar dos prejuízos advindos da outorga da concessão.

Assim é que cada legislação confere especificidades às concessões, em face das diversidades dos serviços, devendo-se obediência tão somente às normas gerais da Lei Federal nº 8.987/95. E não se vislumbra no modelo adotado pela Lei Municipal nº 13.241/2001 a descaracterização do instituto, na medida em que não deve prevalecer o entendimento segundo o qual o núcleo essencial da concessão é o recebimento da contrapartida pelos serviços prestados por conta e risco do concessionário.

Diante de todo o exposto, julgo regulares o Edital da Concorrência Pública nº 013/2002, bem como o procedimento licitatório, desde a abertura até sua conclusão, e julgo improcedentes as representações e denúncias interpostas contra o edital em apreço.

Dê-se ciência da presente decisão aos interessados, nos termos regimentais. **(2.669ª S.O.)**.